

PROCESSO - A. I. Nº 112889.1028/06-6
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0122-05/07
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0499-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio ou Protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “sub judice”, no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da IN nº 23/05. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, tendo em vista que a base de cálculo neste processo foi determinada a partir da soma do valor da operação (mercadoria + frete), acrescido da margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS. Mantido o lançamento, haja vista que os fatos não foram negados, não foram apontados vícios formais do procedimento, e os fundamentos jurídicos aduzidos dizem respeito à situação alheia a este caso. Infração caracterizada. Decisão mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 5ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em comento, que apontou a seguinte infração:

“falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da federação não signatária do protocolo ICMS nº 46/00, desde que não possua regime especial”.

A Decisão recorrida, ressaltando a existência de liminar em mandado de segurança conferindo ao autuado o direito de não aplicação da pauta fiscal no cálculo do imposto, aduziu:

“Apesar de o autuado encontrar-se protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações”, ressalto que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento. Já o Parágrafo único, inciso II do citado dispositivo e diploma legal, estabelece que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado

neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G. Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, prevê que se tratando de recebimento de farinha de trigo, a base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a MVA de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo 26/92 e 46/00).

Efetivamente, no presente processo o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, em vez de adotar a base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, conforme determinado na liminar, como pode ser constatado no demonstrativo de débito juntado à fl. 03.

Na presente autuação, ao contrário do que foi alegado na defesa, a fiscalização apurou a base de cálculo do ICMS, acrescentando a margem de valor agregado (MVA) de 76,48%, sobre o valor dos produtos e outras despesas que oneraram a operação (frete). Portanto, não ocorreu nenhuma ofensa à liminar concedida em mandado de segurança impetrado pelo autuado, que determinava que a autoridade fazendária se abstivesse de utilizar o valor de pauta fiscal indicado na Instrução Normativa nº 23/05 e de fato não foi utilizado a pauta fiscal na apuração da base de cálculo do ICMS exigido neste lançamento. Sendo assim, verifico que não há nenhuma identidade entre o mandado de segurança interposto pelo recorrente e o presente Auto de Infração.

Quanto ao documento de arrecadação juntado à fl. 20, verifico que o valor recolhido foi considerado na apuração do imposto, conforme demonstrativo de débito à fl. 03, ou seja, do valor apurado de R\$9.060,48, foram deduzidos os valores do crédito consignado na nota fiscal, do destacado no Conhecimento de Transporte e dos valores pagos (R\$1.708,00; R\$392; R\$2.240,00 e R\$200,00), totalizando R\$4.540,00, conforme documento juntados às fls. 7, 8, 19 e 20.”

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário, insurgindo-se, apenas e tão-somente, com relação à base de cálculo supostamente apurada por meio de pauta fiscal. Alegou, ainda, o recorrente, ter impetrado Mandado de Segurança perante a 4ª Vara da Fazenda Pública, tendo-lhe sido deferida liminar, no sentido de que o Fisco se abstivesse de exigir o ICMS na forma da IN 23/05, “*permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre preço real das mercadorias*”. Aduz haver ilegalidade na incidência dos acréscimos moratórios, eis que estaria acobertado por Decisão judicial em seu favor.

A PGE/PROFIS, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, em razão do cálculo do imposto não ter sido realizado com base em pauta fiscal, mas sim levando em consideração o preço real das mercadorias, em conformidade com a Decisão liminar proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte e de acordo com o art. 506-A, RICMS/97.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de farinha de trigo proveniente de outra unidade da Federação e relacionadas no Anexo 88.

As razões de Recurso Voluntário não merecem ser acolhidas, justamente porque, ao aferir a base de cálculo do imposto cobrado, o preposto fiscal não fez uso da indigitada Pauta Fiscal, considerando, apenas, o valor da mercadoria e a MVA legalmente prevista (76,48%).

Desta forma, não pode prosperar o pedido de afastamento da autuação, formulado pelo recorrente, em seu Recurso, à medida que o mesmo não questiona a exigência do imposto por antecipação, insurgindo-se, apenas, com relação à pauta fiscal. Aplicável, portanto, o art. 506-A,

do RICMS/97, redundando na subsistência do Auto de Infração, inclusive no que concerne aos acréscimos moratórios, porquanto o contribuinte recorrente deixou de promover o recolhimento do imposto devido e calculado conforme determinado na Decisão liminar invocada, sem que apresentasse qualquer justificativa juridicamente aceitável à mora tributária.

Visando resguardar o crédito fiscal, em favor do fisco, caso o Mandado de Segurança concedido pela Autoridade Judicial venha ser julgado improcedente, acompanho o entendimento desta Câmara de Julgamento Fiscal, no sentido de determinar a lavratura de um novo Auto de Infração complementar, levando-se em conta a pauta fiscal, nos termos do art. 40, última parte, do RPAF, visando resguardar o crédito fiscal em favor do Fisco resguardando os valores já lançados.

A lavratura de um novo Auto de Infração, levando-se em conta a pauta fiscal, é juridicamente possível, pelo fato de que a autuação realizada pelo auditor fiscal é um ato vinculado, ou seja, deve ser realizado na forma prescrita na Lei. Assim, tendo em vista que a cobrança de ICMS, no trânsito, através da pauta fiscal, ainda se encontra em vigor, tendo apenas seus efeitos suspensos em relação o autuado, por força de Decisão liminar, da Autoridade Judicial, é possível a lavratura do referido Auto de Infração.

Deve-se, ainda, destacar que a expressão “abster-se de cobrar” na Decisão judicial, é apenas em relação a cobrança do imposto (inclusão na dívida ativa/execução fiscal), não impedindo a lavratura do Auto de Infração conforme a pauta fiscal.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **112889.1028/06-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.520,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser instaurado novo procedimento fiscal para a exigência do imposto lançado a menos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS